



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

FRANCISCO CLÁUDIO MAGALHÃES DIAS

**O PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA
EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL**

Brasília
2010

FRANCISCO CLÁUDIO MAGALHÃS DIAS

**O PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA
EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil aplicado à atividade profissional dos servidores do Superior Tribunal de Justiça.

Orientador: Prof. Dr. César Binder

Brasília
2010

FRANCISCO CLÁUDIO MAGALHÃES DIAS

**O PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA
EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil aplicado à atividade profissional dos servidores do Superior Tribunal de Justiça.

Orientador: Prof. Dr. César Binder

Brasília, 09 de dezembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

**À família, principal responsável pela busca
do conhecimento, do sucesso profissional e
da realização pessoal.**

RESUMO

O recurso especial é o instrumento processual pelo qual se leva ao Superior Tribunal de Justiça, conforme previsão expressa na Constituição Federal, o conhecimento das matérias relacionadas ao direito federal infraconstitucional. Seu objetivo principal é viabilizar a função do referido tribunal na preservação do direito federal via interpretação das leis e uniformização da jurisprudência em todo território nacional. Um de seus requisitos principais é o prequestionamento entendido como exigência de que a questão federal tenha sido apreciada pelo tribunal de segundo grau quando da análise da causa. As matérias processuais de ordem pública dizem respeito aos elementos essenciais do direito de ação e do processo, que em face de previsão legal existente devem ser conhecidas de ofício pelo julgador, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Questão intrigante é saber se referidas matérias de ordem pública para serem analisadas em sede de recurso especial, prescindem ou não do requisito do prequestionamento. O presente trabalho pretende discorrer sobre o Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial, e sobre o instituto do prequestionamento. Também se exporá a respeito das matérias de ordem pública. O objetivo é buscar fundamentos jurídicos que melhor possam refletir a correção quanto à posição final eleita, posta no sentido de que para que se abra a possibilidade de análise de matéria de ordem pública perante o Superior Tribunal de Justiça, via do recurso especial, necessário se faz que referida matéria tenha sido efetivamente debatida perante o julgado proferido pelo tribunal de segundo grau.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Causas decididas. Questão federal. Matérias de ordem pública.

ABSTRACT

The special feature is the procedural means by which we take to the Superior Court of Justice as expressly provided in the Constitution, the knowledge of matters related to federal law *infra*. Its main objective is to enable the function of the court to preserve the federal right track interpretation of laws and uniformity of law throughout the country. One of its main requirements is the pre questioning, understood as requiring that the federal issue has been assessed by the court of second degree when examining the question. The procedural matters of public concern the essential elements of action and the process, that in the face of existing legal provision should be known by the judge from office at any time and degree of jurisdiction. Intriguing question is whether such matters of public policy to be reviewed on appeal particular, disregard or not the requirement of pre questioning. This paper aims to discuss the Supreme Court, the special appeal, and the Institute pre questioning. Also be exposed in respect of matters of public policy. The objective is to seek legal grounds that may best reflect the correction on the final position of elected posts in the sense that for is opens up the possibility of analysis of public policy matters before the Superior Court of Justice, via the special appeal, if necessary causes that matter has actually been discussed by the trial court delivered by the second degree.

Key words: Civil procedure. Special Appeal. Pre questioning. Cases decided. Federal question. Matters of public policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O RECURSO ESPECIAL	11
1.1 O Superior Tribunal de Justiça	11
1.2 O Recurso Especial	13
1.3 O prequestionamento	23
2 AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA	29
3 A EXIGÊNCIA OU NÃO DO PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL	47
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O recurso especial surgiu no cenário processual civil brasileiro na Constituição Federal de 1988, juntamente com a criação do Superior Tribunal de Justiça. Referido tribunal é resultado de uma cisão feita no Supremo Tribunal Federal, uma vez que se fazia necessária a divisão de funções antes exercidas exclusivamente por essa corte suprema no exercício do julgamento do recurso extraordinário.

O objetivo principal do recurso especial é garantir a uniformidade de interpretação e de aplicação das normas federais, buscando sempre a preservação da unidade do direito objetivo, de modo a proporcionar segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos perante a lei.

A sucumbência ou o prejuízo da parte, ou até mesmo a injustiça da decisão, por si sós, não são suficientes para embasar a interposição do recurso excepcional.

Deve haver, necessariamente, uma questão de direito federal a ser examinada, questão esta, aliás, em face de expressa exigência constitucional, deverá ter sido anteriormente decidida pelo tribunal de segundo grau, havendo juízo de valor a respeito.

Por isto, doutrina e jurisprudência afirmam a obrigatoriedade de prequestionamento da matéria objeto da controvérsia para que possa o recurso especial ser posto a análise perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista sua competência atribuída pelo art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Questão intrigante, que sobreleva o interesse comum de modo a atrair a atenção do meio jurídico em geral, diz respeito à controvérsia existente em relação à necessidade ou não de prequestionamento das matérias de ordem pública, para que possam ser analisadas e servir de fundamento nos julgados proferidos em sede de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

O que torna a questão controvertida é a disposição legal expressa no Código de Processo Civil no sentido de que referidas matérias de ordem pública podem ser reconhecidas de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, quando da prestação jurisdicional, uma vez que são imperativos legais que refletem a supremacia do interesse público sobre o privado.

Aliás, ressalte-se que em face da amplitude das matérias de ordem pública, o objeto deste estudo restringe-se à análise das disposições contidas na lei processual civil, especificamente as relacionadas aos pressupostos processuais, às condições da ação e às nulidades absolutas e relativas.

Em breve consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, na internet, pode-se verificar a existência de dois posicionamentos sobre o assunto. Verifica-se também que não foi dada ainda posição final unificadora a respeito.

Para parte dos ministros daquela casa, faz-se imprescindível que haja o prequestionamento das matérias de ordem pública, para que se possibilite seu conhecimento e julgamento na causa, em sede de recurso especial.

O posicionamento contrário, por sua vez, excepciona a regra obrigatória do prequestionamento. Ou seja, permite-se a análise da matéria de ordem pública desde que seja possível o conhecimento do recurso especial por outro fundamento, e se tenha que enfrentar o mérito da demanda.

Nestes termos, o tema objeto que este trabalho monográfico visa discorrer é sobre a necessidade ou não de que haja o prequestionamento das matérias de ordem pública em sede de recurso especial.

A escolha do tema deu-se em vista da atividade profissional desenvolvida pelo pesquisador junto ao Superior Tribunal de Justiça. O objetivo é compreender melhor a respeito do assunto, posta a divergência existente não só perante os ministros deste tribunal, como também presente na doutrina.

Para alcançar esses objetivos, será adotado o procedimento de pesquisa bibliográfica especificamente junto à doutrina existente, buscando pois os fundamentos que melhor possam refletir a correção quanto à posição final que vier ser eleita.

O presente trabalho será estruturado em três capítulos, além de capítulo final reservado às conclusões objeto do estudo.

No primeiro capítulo, visando uma melhor distribuição da matéria, é feita uma subdivisão em três tópicos distintos. Inicialmente se fará uma breve exposição sobre o Superior Tribunal de Justiça encarregado do julgamento do recurso especial, conforme previsão constitucional, de forma a discorrer sobre os motivos de sua criação, sua missão e objetivo.

Posteriormente será analisado o recurso especial, instrumento recursal disposto na Constituição Federal pelo qual as partes levam ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça as causas julgadas pelo tribunal de segundo grau, nas quais se pretende ver a posição final interpretativa a respeito de disposição legal infraconstitucional discutida na lide.

Será feita exposição sobre os termos constantes da disposição do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, bem como se discorrerá sobre alguns de seus pressupostos prévios, assim como sobre suas hipóteses de incidência presentes nas alíneas do referido dispositivo.

Mais adiante será abordado o tema relativo ao prequestionamento. Importante ressaltar que se partirá de uma idéia já concebida a respeito, no sentido de que consiste o prequestionamento na exigência de que a questão de direito federal veiculada no recurso especial tenha sido anteriormente decidida no julgado recorrido, de lavra do tribunal de segundo grau. A escolha se dá em face de que, na atualidade, este tem sido o conceito predominantemente aceito pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

No segundo capítulo, será apresentada uma análise a respeito das matérias de ordem pública. Um conceito mais abrangente a respeito do termo ordem pública iniciará a exposição, tendo em vista seu caráter genérico voltado à organização do Estado e da sociedade.

Em seguida, procura-se restringir referido conceito, de forma a se vislumbrar apenas os normativos constantes da lei processual civil, relacionados à falta de condições da ação, de pressupostos processuais ou de eventuais nulidades processuais. São normativos que, em face de previsão legal, devem ser conhecidas de ofício pelo julgador em qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando sujeitos à preclusão.

No terceiro e último capítulo, serão relacionadas as duas posições a respeito do tema, buscando unicamente na jurisprudência, como antes já se afirmou, fundamentos que melhor possam alicerçar a posição final que vier ser eleita.

1 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O RECURSO ESPECIAL

1.1 O Superior Tribunal de Justiça

Criado com a missão de, em última instância, fazer a interpretação e uniformização do que determinam as leis federais infraconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça é resultado de uma cisão feita no Supremo Tribunal Federal relativamente a algumas de suas funções exercidas quando do julgamento do recurso extraordinário.

Já por volta do ano de 1960, observou-se o crescimento acelerado de recursos extraordinários perante a corte suprema, o que veio a causar imenso acúmulo de processos em face da demora de julgamento, situação crônica que ficou conhecida como a “crise do Supremo”¹.

Buscou-se amenizar o problema, utilizando-se mecanismos voltados a agilizar o processamento do recurso extraordinário, tais como a arguição de relevância, a previsão de óbices regimentais, o aumento do número de ministros, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que admite o recurso, entre outros.

O problema da morosidade persistia, o que levou a comunidade jurídica nacional a idealizar na Constituição Federal de 1988 o Superior Tribunal de Justiça que passou a ocupar, na pirâmide do poder judiciário federativo, posição abaixo somente do Supremo Tribunal Federal. Sua função, na lição de Eduardo Arruda Alvim², ficou voltada a assegurar a unidade e a integridade do direito federal, infraconstitucional, em todo o território nacional.

¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

² ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 855.

Por sua vez, Rogério Licastro Torres de Melo³ justifica a criação do Superior Tribunal de Justiça nestes termos:

A necessidade de existir órgão jurisdicional uniformizador do direito federal infraconstitucional com competência de amplitude nacional (como o é o STJ) decorre da própria estruturação administrativa do Estado brasileiro sob a forma federativa: a existência de diversos Estados da Federação, cada qual com competência jurisdicional própria para aplicação do direito federal, naturalmente exige a presença de tribunal com escopo unificador do entendimento jurídico infraconstitucional, de modo a atribuir estabilidade ao conjunto legislativo federal e, via de consequência, às relações sociais por este regradas.

Com o objetivo de instrumentalizar a reforma, também na Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário foi desdobrado em recurso extraordinário *stricto sensu* e no recurso especial. Aquele continuaria destinado ao julgamento de causas compostas de matérias com enfoque exclusivamente constitucional.

Já o recurso especial seria o instrumento pelo qual as partes levariam ao Superior Tribunal de Justiça as causas relacionadas às questões envolvendo direito federal infraconstitucional, quando violados nos julgados oriundos dos tribunais de segundo grau, bem como diante de eventuais divergências jurisprudenciais surgidas em face do entendimento proferido por esses tribunais.

Sobre o assunto, José Miguel Garcia Medina⁴ assim dispôs:

A modificação, oriunda da Constituição Federal de 1988, a pretexto de ser simples solução para a “crise do Supremo”, criou situação totalmente nova no ordenamento jurídico pátrio. A partir da Constituição Federal de 1988, competindo ao Supremo Tribunal Federal “a guarda da Constituição” (di-lo o art. 102, *caput*), este, para Alcides de Mendonça Lima, ganhou *status* de Corte Constitucional. Diferentemente, a finalidade de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais, função antes atribuída ao recurso extraordinário, passou ao recurso especial. Desse modo, a finalidade que ensejou a criação do

³ MELLO, Rogério Licastro Torres de Melo. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 151, ano 32, setembro 2007, p. 336.

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130/131.

recurso extraordinário, no direito brasileiro, hoje é encampada pelo recurso especial.

Assim, a partir das mudanças introduzidas na Constituição Federal de 1988, do acórdão proferido pelo tribunal de segundo grau passou então a existir a possibilidade de dois recursos – extraordinário e especial, devendo-se observar o teor da matéria tida por violada, se constitucional ou infraconstitucional, para só então se considerar a distribuição de competência realizada e, conseqüentemente, a espécie recursal cabível.

1.2 O Recurso Especial

No sistema processual recursal civil brasileiro, além da possibilidade de interposição de recursos ordinários, também há a possibilidade de interposição de recursos excepcionais ou de direito estrito.

José Miguel Garcia Medina⁵ utiliza a classificação de que os recursos são extraordinários porque são regidos por regras e princípios próprios, diversos das regras e princípios inerentes aos recursos ordinários.

Pode-se verificar diferença também em face de que nos recursos ordinários a devolução ao tribunal *ad quem* é a mais ampla possível, abrangendo o reexame de toda a matéria fática e a de direito, alcançando o inteiro teor da controvérsia debatida na causa e tendo como escopo a defesa do direito subjetivo.

Já nos recursos excepcionais, dirigidos aos tribunais superiores, aí se incluindo o recurso especial, a matéria objeto da impugnação é específica, de fundamentação vinculada, voltado unicamente a garantir a efetividade e a

⁵ Ibidem, p. 102.

uniformidade de interpretação do direito objetivo da lei infraconstitucional e da lei constitucional, para o recurso extraordinário, em âmbito nacional.

Flávio Cheim Jorge⁶ expõe que os recursos excepcionais ou extraordinários não servem diretamente à prestação do direito subjetivo da parte recorrente buscado via processo, o que pode ocorrer mediatamente, em consequência do resultado do julgado.

A conclusão a respeito da diferenciação existente entre referidos recursos também pode ser extraída do ensinamento de Bernardo Pimentel Souza⁷. Referido autor afirma que nos recursos ordinários é permitido o debate sobre questões de fato e de direito. Já nos recursos extraordinários somente se admite a discussão em torno de matéria de direito.

Referido doutrinador ainda expõe que “a apelação, os agravos, os embargos infringentes, os embargos de declaração e o recurso ordinário são recursos ordinários. Já o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência são recursos extraordinários, isto é, excepcionais.”

Comunga com o entendimento Eduardo Arruda Alvim⁸, que confirma que a matéria de direito objeto do recurso diz respeito à norma legal alegada como violada. Assim expõe suas razões:

Por isso pode-se dizer que no recurso especial o que conta primordialmente é a norma jurídica federal em jogo, seu entendimento, sua interpretação, tendo em vista sua aplicação à hipótese fática; ou ainda, há que se saber se foi aplicada a norma errada, pedir que seja aplicada a norma correta à espécie, propugnando-se pela aplicação da norma certa aos fatos (subsunção). A mesma coisa se passa com o recurso extraordinário, com a diferença de que a norma, no caso, é a constitucional.

⁶ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 653.

⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 871.

Para Leonardo Castanho Mendes⁹, referidos recursos excepcionais assim o são em face de exigências específicas e requisitos que lhe são peculiares, uma vez que constituem instrumentos destinados à correção de vícios graves que o ordenamento jurídico visa impedir.

A respeito do tema, referido autor preleciona:

Em razão mesmo da excepcionalidade que caracteriza essa espécie de recursos, também conhecidos como extraordinários em sentido amplo, é comum afirmar-se que os referidos meios de impugnação não visam a fazer justiça ao interesse da parte envolvida, porque a sua finalidade está mais ligada a critérios objetivos e impessoais, tais como a manutenção da ordem normativa positivada, e de sua autoridade, e da uniformidade jurisprudencial. Por isso que esses recursos vão sempre destinados aos chamados Tribunais Superiores, que é onde se desenha, com intensidade ímpar, considerada, a uma só vez, a prevalência no Brasil do direito legislado federal e a multivocidade das Cortes Estaduais e Regionais, a necessidade de uniformização interpretativa.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰, também busca demonstrar a especificidade de referidos recursos, nestes termos:

Portanto, pode-se dizer que os recursos extraordinário e especial devem ser vistos em dois planos: 1) precipuamente, estão voltados a um objetivo de ordem pública, de interesse nacional, qual seja o de servirem como instrumento tutelador dos valores indicados por Pontes de Miranda: validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação do direito federal, comum e constitucional; nesse sentido, acabam por propiciar um contencioso objetivo, de legalidade ou de constitucionalidade; 2) corolariamente, dado que nem o STF nem o STJ são Cortes apenas de cassação, senão (e até principalmente) também de revisão (RISTJ, art. 257; RISTF, art. 324; Súmula STF 456), o conhecimento do mérito daqueles recursos e seu provimento implicará no descarte da decisão recorrida e na prolação de outra que a “substitui” (CPC, art. 512), do que decorrerá – presumivelmente – melhor resposta judiciária, ou quando menos, a última e definitiva.

Por sua vez, José Miguel Garcia Medina¹¹, exalta a idéia de que o princípio do duplo grau de jurisdição é estranho aos recursos excepcionais, não havendo que se falar em terceiro grau de jurisdição, expondo ainda que:

⁹ MENDES, Leonardo Castanho. **O Recurso Especial e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

De fato, nem todos os meios de impugnação das decisões judiciais têm por fundamento o inconformismo da parte perdedora, ou uma maior segurança nas relações jurídicas. Em certos casos, como os ora lembrados, o surgimento de outros meios de impugnação das decisões judiciais teve razões diversas.

Decerto, a aplicação do direito pelo órgão judicante seria precária se não se buscasse preservar a unidade de sua compreensão, evitando interpretações divergentes do direito positivo. Intenta-se, por isso, na medida do possível, a recondução à unidade de inteligência da norma, em função do entendimento unificador e estabilizador que lhe devem dar os tribunais. Assim, por certos meios processuais, busca-se a uniformização da interpretação da lei federal, ou, noutros casos, a guarda da Constituição Federal. Nesses casos, o inconformismo do litigante, apesar de relevante, perde terreno diante dos objetivos de tais modos de impugnação das decisões judiciais, como se viu.

Outra das peculiaridades próprias desses recursos é sua previsão no texto constitucional. Aliás, esta sem dúvida, afigura-se uma das peculiaridades principais a distinguir a modalidade desses recursos em relação aos demais.

Assim, no que se refere ao recurso especial, dispõe a Constituição Federal¹²:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Extrai-se do dispositivo a competência para julgamento, o instrumento recursal, as matérias possíveis de análise, a origem dos julgados, como também suas hipóteses de cabimento em face do ato realizado. A respeito são cabíveis algumas considerações.

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39/40.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Vade Mecum Universitário de Direito. 8. ed. São Paulo: Ridell, 2010.

O termo “causas decididas” muito tem a ver com a exigência da figura jurídica do prequestionamento, questão esta que adiante será tratada.

Todavia, pode-se afirmar que a expressão abrange somente decisões judiciais proferidas no exercício da função jurisdicional. Incluem-se os processos com julgamento de mérito, sem julgamento do *meritum causae* e até mesmo as questões incidentais decididas no decorrer da causa. Eduardo Arruda Alvim¹³ resume a questão nestes termos:

A expressão “causas decididas” deve ser entendida em seu sentido amplo, abrangendo todo e qualquer acórdão de tribunal local, tenha ele sido proferido em sede de apelação, embargos infringentes ou mesmo agravo de instrumento. Pouco importa, no caso do julgamento de apelação, que o recurso perante o tribunal local tenha versado a matéria de fundo, ou exclusivamente matéria processual.

Por sua vez, a referência que se faz a “única ou última instância”, diz respeito ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias, uma vez que não pode a parte recorrente deixar de utilizar de um recurso ordinário para buscar, desde logo, o recurso especial.¹⁴

Refere-se ainda à obrigatoriedade de se tratar de uma decisão colegiada de tribunal, o que se dá pelo acórdão, razão pela qual descabe o recurso contra decisão proferida por juiz de primeiro grau ou mesmo de decisão monocrática prolatada pelo desembargador-relator do tribunal de segundo grau, uma vez que desta se faz cabível o agravo interno.

Athos Gusmão Carneiro¹⁵ ainda elenca outra possibilidade em relação à inexistência de decisão de última instância, a saber:

¹³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 860.

¹⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 688.

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18.

Não é decisão “de última instância” a proferida por maioria de votos em ação rescisória, porque cabível o recurso ordinário de embargos infringentes, a teor do art. 530 do CPC, não sendo destarte tal decisão impugnável por recurso especial (STJ, 5ª Turma, REsp. nº 134.087, rel. Min. José Arnaldo, ac. de 21.10.1997, *in RSTJ*, 107/373). Mas deve ser considerada ‘decisão final’ aquela proferida por maioria de votos em nível de apelação em mandado de segurança, porquanto a Súmula 169 – STJ dispõe que não cabem, em tal hipótese, embargos infringentes; assim, havendo este obstáculo praticamente intransponível, torna-se admissível a interposição do recurso especial, sem que a parte adversa possa invocar o não exaurimento da instância ordinária.

Já no que se refere aos “Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, busca-se restringir a utilização do recurso somente a julgados proferidos por colegiados desses tribunais, motivo de tornar incabível a interposição contra julgados proferidos por turmas recursais dos Juizados Especiais¹⁶, eis que essas não são um tribunal propriamente dito.

A restrição posta diz respeito ainda à impossibilidade de interposição de recurso especial a julgados proferidos pelos demais tribunais superiores – Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar –, bem como dos órgãos de segundo grau desses tribunais.

Relativamente às suas hipóteses de cabimento, convém ressaltar, no que refere à alínea “a”, o ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁷, para quem:

Este, na verdade, é o único fundamento possível do recurso especial. As demais alíneas do dispositivo constitucional ora sob enfoque (art. 105, III) dizem respeito não propriamente a outros possíveis fundamentos, mas a algumas hipóteses de cabimento do recurso que há de ser interposto sempre com fundamento na letra a do art. 105, III: contrariedade ou negativa de vigência a lei federal.

Essas hipóteses são a de a decisão julgar válido ato do governo local contestado (incidentemente) em face de lei federal ou a de a decisão de que se recorreu ter dado à lei federal interpretação diversa daquela que lhe tenha sido dada por outro tribunal. Nesta última hipótese, é óbvio, deve a parte asseverar que a interpretação que se deu à lei que veio a prevalecer

¹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 861/862.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 692.

na decisão de que se recorreu não é a correta, sendo-a aquela que se deu à lei na decisão citada e trazida como paradigma.

Considerando-se, portanto, a importância da alínea “a” em relação às demais alíneas do permissivo constitucional, traz-se a lição de Bernardo Pimentel Souza¹⁸, para quem a expressão “lei federal” alcança as leis nacionais e as leis federais provenientes do Poder Legislativo da União.

Quanto às leis federais propriamente ditas, afirma que se incluem as leis complementares, as leis ordinárias, os decretos legislativos e as resoluções do Senado. Sustenta ainda o cabimento em face dos atos normativos provenientes do Poder Executivo da União, tais como as leis delegadas, as medidas provisórias, os regulamentos e os decretos previstos no art. 84, IV, da Constituição Federal.

Por fim, referido autor acrescenta o cabimento em face do direito estrangeiro aplicável por força da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como quanto ao tratado internacional incorporado ao nosso ordenamento jurídico.

Para o autor, quanto ao que não estaria alcançado pela norma, pode-se citar: meras portarias ministeriais, avisos, circulares, instruções normativas, provimentos, convênios interestaduais, súmulas de tribunais, regimentos internos de tribunais.

Deve ser excluída, ainda, quando a discussão veicular ofensa a lei local, aí incluída a lei estadual, municipal ou a do Distrito Federal e dos Territórios. Da mesma forma, assevera ainda o não cabimento do recurso especial em face de interpretação de cláusula contratual, assim como injustiça na apreciação dos fatos e provas produzidos ao longo da causa.

¹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 695/697.

Esta impossibilidade de apreciação se dá porque é na Constituição Federal onde estão definidos os fundamentos específicos de admissibilidade dos recursos excepcionais. A instância do recurso especial – tal como a do recurso extraordinário – não é terceiro grau de jurisdição, razão pela qual não se presta à correção de eventuais injustiças cometidas pelos tribunais inferiores. Importa, tão-somente, se houve ou não violação ao direito objetivo federal, ficando afastadas eventuais distorções presentes no acórdão relativas à matéria de fato.

Já no que se refere aos tratados, adverte quanto à sua dispensabilidade, tendo em vista a amplitude da cláusula constitucional “lei federal”. O entendimento parte do pressuposto de que o tratado, desde que recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, já pode ser considerado lei em sentido estrito.

Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁹, por sua vez, ao tratarem do assunto, afirmam que a expressão lei federal compreende: a) lei complementar federal, b) lei ordinária federal, c) lei delegada federal, d) decreto-lei federal, e) medida provisória federal, e f) decreto autônomo federal.

Em continuidade à lição de Bernardo Pimentel Souza²⁰, a expressão “ato de governo local”, constante da alínea “b” do dispositivo constitucional engloba tantos os atos normativos quanto os atos administrativos dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, como também o Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal.

Referido autor, ainda adverte que:

Consoante se infere da mesma letra “b” do inciso III do artigo 105, só há o cabimento do recurso especial quando o tribunal de origem decide em favor da validade do ato de governo local. Em contraposição, quando o

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2010, p. 305.

²⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 702/703.

julgamento é contrário à validade do ato de governo local, não há lugar para o recurso especial, pelo menos com esteio na alínea “b”. O julgamento contrário à validade do ato de governo local pode até ensejar recurso especial, mas apenas pelas letras “a” e “c”, desde que esteja em discussão a interpretação da lei federal.

Já a discussão acerca da interpretação do ato local em si não autoriza recurso especial. O recurso só é cabível quando veicula discussão acerca da legislação federal em relação à qual o ato local foi julgado válido pela corte de origem.

Eduardo Arruda Alvim²¹ também levanta a questão quanto à alínea em foco, ao expor que:

Trata-se de requisito objetivo, constatável de plano. Basta que o tribunal local tenha julgado válido ato de governo local, contestado em face de lei federal, para que tenha cabimento o especial pela alínea *b* do inc. III do art. 105 da CF/88. Esse raciocínio significa que prevaleceu o ato de governo local, afastada a lei federal. Se, todavia, for julgado inválido ato de governo local, dando-s prevalência à lei federal, à parte vencida não aproveitará a hipótese de cabimento da alínea *b*, ora sob foco.

Ainda quanto à alínea “b” do dispositivo constitucional cabível se faz ressaltar sua complexidade em face da análise do caso concreto. Isto porque, além de necessariamente se fazer uma análise a respeito do dispositivo legal infraconstitucional tido por violado, esta análise deve ser feita tendo por base um outro texto normativo, qual seja o ato do governo local contestado.

Já quanto à alínea “c”, do art. 105, III, da Constituição Federal, como já antes se procurou demonstrar na lição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²², trata-se apenas de uma subespécie daquela albergada pela alínea “a”.

Concordando com o entendimento, Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha²³ afirmam que a demonstração do dissídio jurisprudência

²¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 865.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 692.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2010, p. 310.

consiste apenas em mero reforço do fundamento constante da alínea “a”, ou seja, de violação à lei federal.

Não obstante tal afirmativa, a análise desse dispositivo pressupõe a existência de entendimento de tribunal a respeito de determinada lei federal, que se encontra em conflito com julgado proferido por outro tribunal da federação a respeito da mesma matéria de direito, competindo pois, em face da já citada norma constitucional, ao Superior Tribunal de Justiça, dizer a última palavra a respeito.

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁴ bem dispõe a respeito do assunto, nestes termos:

Voltando a alínea c do art. 105, III, verifica-se, claramente, que o objetivo ali perseguido é o de possibilitar a unidade de interpretação da lei federal em todo o território nacional. Como observa José Afonso da Silva, de nada valeria dar-se o recurso como “instrumento da validade ou da autoridade da lei federal, se se deixasse a interpretação das normas jurídicas ao descontrolado, entregue às inclinações pessoais ou regionais dos julgadores”. Ou, como já afirmara o saudoso Ministro do STF, Muniz Barreto: “De nada vale fundarem os tribunais na mesma disposição legal a solução de determinada relação de direito em lide, se os julgamentos divergem em suas conclusões, pela diversidade de interpretação da lei reguladora da espécie.

José Miguel Garcia Medina²⁵, por sua vez expõe a obrigatoriedade de demonstração suficiente dos requisitos para a comprovação do dissídio jurisprudencial, nestes termos:

Mesmo assim, apesar de tal disposição, a nosso ver, ser desnecessária, em virtude de encontrar-se abrangida pela hipótese prevista na alínea a do art. 105, III, disposição suficiente para proporcionar a manutenção do entendimento acerca da lei federal, tem-se entendido que, caso se interponha o recurso com fundamento na alínea c, o recorrente deverá adequar-se à hipótese, demonstrando suficientemente a presença do requisito de admissibilidade exigível no caso, qual seja a divergência de interpretação acerca da lei federal. Caso contrário, o recurso não deverá ser conhecido, consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 245.

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 138/139.

A configuração desses requisitos pressupõe a exigência de demonstração pela parte recorrente, de uma semelhança fática suficiente entre os acórdãos confrontados, e em cujas decisões haja colidência entre as soluções jurídicas postas.

Dessa forma, mesmo que esteja referida alínea “c” contida na alínea “a” do permissivo constitucional, dúvidas não há que a mesma também tem função importante na busca da aplicação de um direito federal homogêneo.

1.3 O prequestionamento

Um dos pressupostos ou requisitos principais dos recursos extraordinários, em sentido amplo, e em relação aos demais recursos ordinários, é a exigência indispensável a respeito do requisito do prequestionamento.²⁶

Tal se justifica porque se o recurso é cabível tão-somente quando normas federais foram contrariadas ou a elas se negou vigência, então, depreende-se que a decisão objeto da controvérsia, proferida pelo tribunal de segundo grau, foi feita com base nas referidas normas constantes da irresignação recursal.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara²⁷ “este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra causas decididas”.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 653.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 139.

O fato de que referida figura jurídica, pressuposto indispensável para o conhecimento dos recursos tidos por extraordinários dirigidos aos tribunais superiores, não ter a conceituação legal definida, certamente, tem motivado as constantes polêmicas a respeito do tema no meio jurídico.

Idêntica conclusão também tem José Miguel Garcia Medina²⁸, que se reporta ao termo “questão federal”, nestes termos:

A controvérsia acerca do conceito de prequestionamento surgiu, a nosso ver, em virtude da falta de determinação precisa do alcance do termo “questão federal”, vinculando, muitas vezes, à letra da lei (v.g., “quando se questionar sobre a validade (...) e a decisão recorrida for contra ela”). Não raro, consoante deflui de diversas decisões emanadas da jurisprudência, citada supra, tem-se entendido que somente surge a questão se as partes tiverem debatido a respeito.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm mantido suas posições a respeito da figura jurídica do prequestionamento, de modo a impossibilitar que se chegue a um entendimento totalmente em comum nas duas casas. As dúvidas giram em torno de sua obrigatoriedade em face da oposição dos embargos declaratórios, conforme adiante, neste ponto, será demonstrado.

A doutrina noticia intensa controvérsia a respeito ao longo do tempo. José Miguel Garcia Medina²⁹, assim dispôs a respeito:

Daí haver, na jurisprudência, diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento. Grosso modo, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.

²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 222.

²⁹ Ibidem, p. 217/218.

Não obstante a presença dos referidos entendimentos, a doutrina, levando em consideração repetidos julgados do Superior Tribunal de Justiça, em sua grande maioria, parece comungar a conclusão de que o prequestionamento resta configurado quando da hipótese do item “a”, mencionado acima, por Medina.

Assim, em face do posicionamento majoritário existente a respeito, tanto na doutrina como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, toma-se como correta a seguinte premissa. O prequestionamento se dá quando a questão legal infraconstitucional constante da controvérsia tenha sido objeto de debate pelo órgão julgador do tribunal do segundo grau, com a emissão de juízo de valor a respeito, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.³⁰

Não se faz necessária a menção expressa aos dispositivos legais tidos por contrariados. O entendimento predominante é de que basta que tenha havido apreciação da questão federal regida pela norma. Só assim se permite sua apreciação por parte do tribunal superior quando do julgamento do recurso especial. A respeito, o escólio de Bernardo Pimentel Souza³¹, para quem:

O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica suscitada não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento. O cumprimento do prequestionamento, entretanto, não está condicionado à menção expressa, no acórdão recorrido, de preceito tido por violado pelo recorrente. O que importa para a satisfação do prequestionamento é ter sido a matéria jurídica alvo de discussão no recurso dirigido ao tribunal superior previamente solucionada no julgado recorrido. É, aliás, o que se infere dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis por analogia ao recurso especial.

³⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 871.

³¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 691/692.

Da mesma forma o entendimento de Atos Gusmão Carneiro³², ao expor que:

Todavia, parece-nos correta a posição de Arruda Alvim, de que não se deve confundir prequestionamento com “postulação pela parte”, a respeito de uma dada questão federal: a questão federal considera-se prequestionada quando decidida no acórdão, haja ou não sido, expressa ou implicitamente, suscitada pelo litigante. O prefixo “pré” significa anterioridade com relação ao momento processual em que a parte manifesta o recurso extraordinário ou especial, e não ao momento em que prolatada a decisão recorrível.

Daí advir, portanto, o motivo pelo qual o prequestionamento não pressupor, obrigatoriamente, a manifestação prévia da parte. Isto porque o tribunal, ao julgar a demanda, pode aplicar o dispositivo federal que tiver como correto, mesmo que não tenha sido invocado, anteriormente, pelas partes.

Pode-se afirmar assim que é lícito ao tribunal de segundo grau fazer aplicar a lei até então não tratada na causa, hipótese na qual também restará configurado o prequestionamento. A respeito, veja-se o entendimento de Eduardo Arruda Alvim³³:

Normalmente decorre o prequestionamento de postulação prévia, por um ou outro litigante. Em hipóteses específicas, contudo, ainda é dado ao juiz, sobre determinados assuntos, agir de ofício, como nos casos dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, por exemplo. Nesses casos, se o tribunal enfrenta a matéria em primeira mão no acórdão, dentro do espectro de agir oficioso que lhe é ensejado, cabe recurso especial, pois a matéria foi enfrentada no acórdão, estando, pois, presente o requisito do prequestionamento.

Importante ainda ressaltar o entendimento existente no Superior Tribunal de Justiça presente nas hipóteses em que, não obstante a parte insista pela incidência da norma legal que entende amparar seu alegado direito, o tribunal de segundo grau, ao julgar o recurso, acaba por fundamentar seu voto em dispositivos outros que não o invocado.

³² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 48.

³³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 873.

Nesses casos, conforme lição de Luis Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini³⁴, faz-se cabível que a parte oponha embargos declaratórios com o intuito de fazer com que o tribunal de segundo grau venha a suprir referida omissão, existente no entender da parte recorrente, emitindo juízo de valor a respeito, prequestionando assim referida matéria.

Porém, caso insista o tribunal a não se manifestar sobre referida norma legal, ou mesmo, entender não haver a omissão apontada, conforme lição de Bernardo Pimentel Souza³⁵, cumprirá a parte recorrente quando da interposição do seu recurso especial, alegar ofensa aos arts. 165, 458, inciso II, e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, caso verifique que a omissão persistiu.

Só assim o Superior Tribunal de Justiça apreciará se a alegada omissão pode influir no julgamento da causa, de modo a alterar o seu resultado. Caso constatada a omissão, o julgado proferido em sede de embargos declaratórios será anulado, ocasião em que será determinado que o tribunal de origem proceda novo julgamento, desta vez emitindo juízo de valor a respeito da tese jurídica sustentada pela parte.³⁶

O Superior Tribunal de Justiça firmou esta posição por intermédio da Súmula nº 211³⁷, *in verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 693.

³⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 693/694.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 654.

³⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 211. Vade Mecum Universitário de Direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

Ademais, o direito da parte aos embargos declaratórios tem fundamento nas garantias constitucionais da motivação das decisões e na correta prestação jurisdicional.

O Superior Tribunal de Justiça também tem exigido o prequestionamento quando nos casos em que o tribunal incorre em *error in procedendo*, mais precisamente em relação à provável nulidade surgida quando do próprio julgado recorrido. Isto pode ocorrer segundo Athos Gusmão Carneiro³⁸ quando:

Assim ocorre nos casos de nulidade formal ou de vícios surgidos no próprio acórdão recorrido, que poderá ter sido proferido *extra petita*, ou sem a intervenção do revisor, ou sem a publicação em 'pauta' etc.; ou poderá o recurso especial haver sido manifestado por quem deveria figurar no processo como litisconsorte necessário e não figurou, e vem invocar esta questão.

Nestes casos, seguindo a jurisprudência daquela Corte, compete à parte a oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, embora, como se afirmou, a questão tenha surgido apenas no acórdão recorrido.

Cumprе, finalmente, destacar que não resta configurado o prequestionamento na hipótese em que a questão fora tratada apenas no voto vencido.³⁹

Também não ocorre o prequestionamento quando o tribunal de segundo grau somente afirma que o dispositivo legal não restou violado, deixando de emitir juízo de valor a respeito.

³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 58.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 655.

2 AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Da mesma forma como ocorre com a figura do prequestionamento, também inexiste conceituação legal a respeito da expressão ordem pública, cabendo, pois, à jurisprudência e à doutrina dispor a respeito.

Parte-se, entretanto, do fato de que a ordem pública, conforme o próprio nome sugere, vai além do interesse do particular. Traz consigo o entendimento que implica a prevalência do interesse geral e social sobre o interesse individual.⁴⁰ Ou seja, é idealizada a partir dos objetivos da sociedade organizada, que devem preponderar frente aos interesses particulares do sujeito.

Assim, na lição de Hely Lopes Meireles⁴¹, na órbita do direito, a ordem pública se faz presente quando do implemento pelo Estado de normas e leis que visem assegurar a tranqüilidade e a normalidade às instituições e a todos os membros da sociedade.

É de se ressaltar que tais regramentos podem variar em face da valoração jurídica vigente de dado momento histórico, também em face do grau de cultura e desenvolvimento da sociedade, bem como das suas necessidades, possibilidades e objetivos perseguidos.

Tamanha a variação dessas circunstâncias, na verdade, somente fazem acentuar a idéia de imprecisão e indeterminação a respeito do conceito do referido instituto.

⁴⁰ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Pquestionamento nas questões de ordem pública**. Terezina, ano 8, n. 174, 27 dez.2003, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>>. Acesso em: 23 abr.2010.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 92.

Marcus Cláudio Acquaviva⁴² assim dispõe a respeito:

Do fato de que a ordem pública está indissolúvelmente ligada aos valores sociais vigentes deriva, como consequência natural, sua mutação no espaço e no tempo, destacando-se, neste sentido, a ampliação moderna do seu conteúdo, paralela ao retrocesso do individualismo liberal, perante as ideologias de tipo 'social' próprias do Estado contemporâneo. As leis de ordem pública apresentam os seguintes efeitos: 1) revogando as convenções entre particulares, não valendo, contra elas, a autonomia da vontade individual; 2) contra elas não valem os direitos adquiridos, constituindo tais diplomas, já se vê, exceção ao princípio da irretroatividade da lei.

Mostra-se evidente que a expressão tem relação com a formação da sociedade organizada, mais precisamente da existência do Estado. Assim, interessante se faz buscar a respeito do real significado da expressão ordem pública, a partir de uma conceituação ligada inicialmente ao Direito Constitucional por representar a ciência do direito mais voltada à delimitação dos valores fundamentais do Estado.

Para José Afonso da Silva⁴³, é importante caracterizar o significado do termo ordem pública, portanto se trata de algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem outorgadas pela Constituição. Para referido autor, “ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.

Assim, sustenta que a expressão estaria ligada essencialmente à segurança pública, relacionada esta a uma atividade do Estado, que se voltaria a exercer vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas, de modo a permitir que todos gozem de seus próprios direitos e possam defender seus

⁴² ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico**. 11. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002, p. 829.

⁴³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 757/758.

legítimos interesses. Busca o embasamento no art. 144 da Constituição Federal⁴⁴, que dispõe: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”

Hely Lopes Meirelles⁴⁵ comunga com referida idéia, ocasião em que ainda enaltece a variabilidade do conceito, nestes termos:

Finalizando, diremos que a ordem pública não é figura jurídica, nem instituição política ou social. É situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais que o Estado assegura, pela Constituição da República e pelas leis, a todos os membros da comunidade. Daí decorre a variabilidade do conceito de ordem pública no tempo e no espaço, vinculado sempre à noção de interesse público e de proteção à segurança, à propriedade, à saúde pública, aos bons costumes, ao bem-estar coletivo e individual, assim como à estabilidade das instituições em geral.

Dessa forma, a par das idéias já postas, pode-se conceituar ordem pública como sendo a representação de um anseio social de justiça, de convívio harmônico, ordenado, pacífico e seguro, voltado à formação de uma sociedade justa e equilibrada, onde de se busca respeitar os valores fundamentais do Estado e dos direitos e deveres do cidadão.

Diante da generalização de tal conceito, importante mencionar que a ordem pública constitui parâmetros para a criação e posterior interpretação das leis pelas quais se espera reger a convivência social no interesse público.

Evidente o caráter instrumental e obrigatório de todas as normas e leis existentes visando assegurar a manutenção da ordem pública, o que se faz com a sua efetiva aplicabilidade, uma vez que impostas e dirigidas ao conjunto de indivíduos assim como ao próprio Estado organizado. Em verdade, refletem os

⁴⁴ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 93.

princípios jurídicos que o Estado e a sociedade estão fundamentalmente interessados que predominem sobre as convenções particulares.

Ademais, dentro deste possível conjunto de normas organizadas, há aquelas que sobressaem em relação às demais. Isto acontece devido a uma importância substancial e social que aparece num plano ainda mais destacado, uma vez que referidas leis visam resguardar princípios fundamentais ou essenciais relacionados à perfeita manutenção do Estado e aos direitos e deveres individuais e coletivos.

Está se mencionando a respeito, especificamente, em um sentido mais restrito, das matérias de ordem pública, que são aquelas de maior interesse do Estado, de caráter cogente, obrigatório e inderrogáveis por vontade própria dos participantes da relação jurídica. Tais matérias, quando postas perante o judiciário, devem ser analisadas, até mesmo de ofício pelo juiz, independente de pedido expresso das partes.⁴⁶

Complementando o raciocínio, interessante se faz expor a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴⁷, para quem ordem pública:

Não é um conceito estático, mas dinâmico e externo, que varia conforme as circunstâncias de tempo e de lugar. É conceito conjuntural, não é genérico nem absoluto. Assim, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana é de ordem pública, e também o respeito ao meio ambiente, temas novos que agora podem ser considerados como determinantes de questões de ordem pública. O que hoje não é, amanhã poderá sê-lo, como o número de filhos, a transgenia etc.

Ordem pública pode servir a duas finalidades: (a) como um princípio que auxilia o intérprete na definição de leis ou de questões, a fim de estabelecer se elas são ou não de ordem pública; (b) como uma cláusula geral, expressão de valores jurídicos e matajurídicos, a qual autoriza o aplicador a formular uma norma concretizada para o caso, e com ela qualificar condutas, dizendo-as adequadas ou contrárias à ordem pública. Com ela o juiz pode eliminar certos direitos e impor obrigações: a ordem pública

⁴⁶ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública**. Terezina, ano 8, n. 174, 27 dez.2003, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>>. Acesso em: 23 abr.2010.

⁴⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Pquestionamento. **Revista de Processo**, n. 132, ano 31, fevereiro 2006, p. 275.

concede direitos e impõe limites às atividades dos indivíduos, sendo que certos comportamentos podem não infringir lei alguma, mas mesmo assim serem contrários à ordem pública.

A conclusão posta desborda em uma das atividades próprias do Estado, qual seja, a função jurisdicional. Com efeito, é por intermédio da jurisdição que o Estado exerce sua atividade pacificadora, diante das situações litigiosas surgidas no seio da sociedade, aplicando a lei ao caso concreto, para com isso manter a integridade e a paz social entre os particulares.

Por sua vez, Gladson Rogério de Oliveira Miranda⁴⁸, ratifica o entendimento de que matérias de ordem pública são aquelas de interesse de toda coletividade, situadas acima das disposições dos sujeitos de uma relação jurídica, e que por isto devem ser analisadas de ofício pelo órgão jurisdicional.

Referido autor ainda enumera hipóteses onde são encontradas referidas matérias de ordem pública, ou seja: a) no controle concreto de constitucionalidade das leis; b) nas questões assim expressamente definidas em lei; e c) nas nulidades absolutas e de fundo, previstas nas leis substantivas e processuais, respectivamente.

O objetivo central do presente trabalho visa às disposições contidas na lei processual. Assim, breve exposição se fará em relação às demais hipóteses.

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil faz-se: I) via de exceção, o método difuso, concreto ou incidental; e II) via de ação, o chamado método concentrado. A respeito, José Afonso da Silva⁴⁹ aduz que: “Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder

⁴⁸ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública**. Terezina, ano 8, n. 174, 27 dez.2003, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>>. Acesso em: 23 abr.2010.

⁴⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49.

Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”.

É no controle de constitucionalidade via de exceção ou difuso onde surgem as matérias de ordem pública. Isto se dá, conforme Gladson Rogério de Oliveira Miranda⁵⁰, recorrendo à lição de Gilmar Ferreira Mendes, porque é da própria natureza do instituto já que sua característica fundamental é o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência da relação jurídica.

Na segunda das hipóteses, o Estado, ao conceber o normativo, expressamente dispõe sob sua condição de ordem pública. Assim o faz buscando regular certas situações de modo com que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que ali está previsto, não podendo regular de forma diferente do que a escolhida pelo legislador. Como já se afirmou anteriormente, são normas de interesse maior do Estado no seu cumprimento, não podendo os participantes da relação jurídica as revogar por vontade própria.

Exemplificando, pode-se mencionar o disposto no art. 1º do Código de Defesa do Consumidor⁵¹: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos o art. 5º, inciso XXXI, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

⁵⁰ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública**. Terezina, ano 8, n. 174, 27 dez.2003, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>>. Acesso em: 23 abr.2010.

⁵¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Vade Mecum Universitário de Direito**. 8. ed. São Paulo: Ridell, 2010.

Na última das hipóteses citadas por Gladson Rogério de Oliveira Miranda, situam-se inicialmente as leis substantivas ou materiais, que são aquelas que definem e regularam as relações jurídicas, bem como criam direitos. Nestas, não há expressa previsão de se tratar de uma norma de ordem pública, como no caso antecedente. Porém, mais uma vez o legislador buscou prevalecer os interesses do Estado frente aos do particular, obrigando a conduta deste na forma como dispõe a norma.

Como exemplo, pode-se citar algumas disposições constantes do atual Código Civil⁵², como por exemplo: o art. 122⁵³, o art. 426⁵⁴, e o art. 548⁵⁵, dentre outras.

Ruy Rosado de Aguiar júnior⁵⁶ ainda cita disposições neste sentido também nas leis sobre a cidadania, o direito de família, os direitos da coletividade, as leis fiscais, as quais, porém, não se pretende discorrer.

Finalmente, também na última das hipóteses enumeradas, há os dispositivos relacionados ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869/1973. Estes, por sinal, dizem respeito ao objeto principal do presente estudo, como antes já se fez observar.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se o julgado no Agravo Regimental no Recurso Especial de lavra do Ministro Luiz Fux, de nº

⁵² BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406/2002. Vade Mecum Universitário de Direito.** 8. ed. São Paulo: Ridell, 2010.

⁵³ **Art. 122 do Código Civil:** “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

⁵⁴ **Art. 426 do Código Civil:** “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”

⁵⁵ **Art. 548 do Código Civil:** “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.”

⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 132, ano 31, fevereiro 2006, p. 276.

841.942/RJ, publicado no Diário da Justiça de 16.6.2008, em que se dão alguns exemplos de matérias de ordem pública materiais e processuais, nestes termos:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. PEDIDO IMPLÍCITO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os juros, bem como a correção monetária, integram o pedido de forma implícita, sendo desnecessária sua menção expressa no pedido formulado em juízo, a teor do que dispõe o art. 293 do CPC.

2. In casu, assentou a Corte de origem que "1) De fato, possível a inclusão dos expurgos inflacionários na atualização monetária do quantum debeat, nos termos da pacífica jurisprudência superior, aplicando-se à espécie o Provimento 119/97 desta Corte Regional e a Súmula 41 do TRF 1ª Região.

2) À luz do princípio dispositivo, o apelo merece parcial provimento, para que sejam incluídos na conta de liquidação apenas os índices de 42,72% (janeiro/89); 44,80% (abril/90); 2,49% (maio/90); 21,87% (fevereiro/91), não se acolhendo o pedido no que tange aos demais índices pleiteados, que não são devidos, segundo a jurisprudência consolidada. 3) Quanto aos juros moratórios, já é pacífico o entendimento do Egrégio STJ no sentido de serem os mesmos cabíveis, sendo as diferenças de atualização devidas desde quando procedida incorretamente, decorrem os juros moratórios de imposição legítima pelo atraso do seu pagamento. (...)

3. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre as referidas matérias de ordem pública.

4. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)) (In Nelson Nery Junior – Código de Processo Civil Comentado - 10ª edição - página 669 – comentários ao artigo 460)

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado.

6. Agravo Regimental desprovido.

No âmbito do Direito Processual Civil, as matérias de ordem pública também têm como objetivo principal limitar a vontade das partes na relação processual, buscando pois preservar a estabilidade do ordenamento jurídico, de modo a conferir segurança, certeza e efetividade ao litígio posto perante o poder judiciário.

Até porque aquilo que, ao final, restar decidido na lide também surge como expressão maior da vontade do Estado no exercício da função jurisdicional, a ser imposta de forma impositiva aos jurisdicionados, conforme esclarece Cássio Scarpinella Bueno⁵⁷, nestes termos:

O Estado-juiz, para realizar suficiente e adequadamente o objetivo maior de pacificar os litigantes, imporá o resultado que, mediante o devido processo, entender aplicável ao caso, independentemente da concordância dos litigantes. Houvesse qualquer ânimo de espontaneidade à submissão da atividade jurisdicional, a seus resultados e a seus efeitos e, certamente, não haveria razão para tratar do direito processual civil como ramo do direito público, como uma das funções do Estado. A atuação jurisdicional, toda ela, é ato de autoridade, de autoridade devidamente constituída e, como tal, deve ser acatada, deve ser observada na exata medida em que ela tenha aptidão de surgir seus regulares efeitos. Os litigantes, desta forma, devem se sujeitar ao que for decidido. Caso não o façam, o próprio Estado-juiz poderá lançar mão de determinados atos voltados precipuamente para tanto.

Dessa forma, o conflito de interesses exercido pelo direito de ação das partes é entregue ao Estado, que em virtude de ter atribuído tal múnus para si, o exerce por intermédio do processo.

Neste, repita-se, apesar de se ter atribuído às partes toda a iniciativa na instauração e no impulso do processo, existem certas matérias que são inderrogáveis ao arbítrio das partes, normas cuja proteção deve ser feita até mesmo de ofício pelo julgador, independentes de manifestação dos litigantes, e conhecíveis em qualquer instância e grau de jurisdição.

Os principais dispositivos que trazem matérias de ordem pública são os artigos 267⁵⁸, § 3º, e 301⁵⁹, § 4º, do Código de Processo Civil.

⁵⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254.

⁵⁸ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Referidos dispositivos são típicos normas de ordem pública, que dizem respeito às condições da ação e aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, conforme lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon⁶⁰.

Por isso, devem ser analisadas pelo julgador ao proferir a sentença, antes de se adentrar ao exame de mérito da causa, uma vez que se tratam de exigências ou requisitos preliminares àquela.

Humberto Theodoro Júnior⁶¹ bem dispôs sobre a diferenciação de referidas figuras jurídicas, nestes termos:

Não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. Os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da relação processual. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito). São, pois, requisitos de sua eficácia.

Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

⁵⁹ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

- I – inexistência ou nulidade de citação;
- II – incompetência absoluta;
- III – inépcia da petição inicial;
- IV – perempção;
- V – litispendência;
- VI – coisa julgada;
- VII – conexão;
- VIII – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- IX – convenção de arbitragem;
- X – carência de ação;
- XI – falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

(...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício de matéria enumerada neste artigo.

⁶⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 733.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 65/66.

processual. Já as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material.

Também Cássio Scarpinella Bueno⁶² dispõe a respeito da condição de preliminar em relação ao mérito, afirmando que:

As duas primeiras categorias (“condições da ação” e “pressupostos processuais”), na linha do que é sustentado por larga parcela da doutrina, podem ser identificadas como os “pressupostos de julgamento de mérito”. O Estado-juiz, antes de definir qual é o “direito aplicável à espécie”, isto é, antes de se manifestar sobre a existência da “ameaça” ou da “lesão” cuja afirmação justifica sua provocação para que a função jurisdicional fosse exercitada – concedendo, conseqüentemente, tutela jurisdicional a quem tem razão –, precisará verificar a concorrência de duas ordens de fatores: uma ordem repousa no plano da ação. Aquele que quer romper a inércia da jurisdição preenche o mínimo de condições necessárias para provocar a atuação do Estado? Em que medida a “ação” precisa fazer-se presente também ao longo do processo? A categoria que busca responder estas questões é a relativa às “condições da ação”. A outra localiza-se no plano do próprio processo. É como se fosse perguntado: estão presentes os requisitos mínimos para que o Estado-juiz atue no caso concreto? Como o atuar do Estado é sempre processual, esta é a categoria relativa aos “pressupostos processuais”.

Também Eduardo Arruda Alvim⁶³, ao sustentar que:

Os pressupostos processuais são requisitos necessários à existência e validade da relação processual. Por isso, como se terá oportunidade de examinar adiante, fala-se em pressupostos processuais de existência e de validade da relação jurídica processual. Dizem respeito, por exemplo, ao ajuizamento da ação perante juízo competente, à capacidade das partes e à capacidade postulatória do patrono do autor. Já as condições da ação, de outro lado, dizem respeito à situação colocada pelo autor na petição inicial. O interesse processual, por exemplo, é aferível diante da necessidade e utilidade, por parte do autor, do provimento jurisdicional almejado, tendo em vista a situação por ele retratada na petição inicial.

No que se refere aos pressupostos processuais, não havendo unidade doutrinária a respeito, parte-se do ensinamento de Humberto Theodoro Júnior⁶⁴ que os classifica em pressupostos de existência e pressupostos de desenvolvimento.

⁶² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362.

⁶³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

Os pressupostos de existência dizem respeito aos requisitos para que a relação processual se constitua validamente. A ausência de qualquer desses pressupostos leva à conclusão de que não há processo instaurado. Cássio Scarpinella Bueno⁶⁵ enumera, como integrantes deste a provocação inicial, a jurisdição e a citação.

Por sua vez, os pressupostos de desenvolvimento são aqueles que devem ser atendidos após a configuração da relação processual, de forma que o processo tenha curso regular, válido e normal até a final sentença de mérito ou qualquer que seja a providência última definitiva. Sua análise, portanto, exige um processo já em curso, onde inicialmente, já foram analisados os pressupostos de existência.

Ainda Cássio Scarpinella Bueno⁶⁶, enumera como tais pressupostos: aptidão da provocação inicial, competência do juízo, imparcialidade do juiz, capacidade de ser parte e de estar em juízo, capacidade postulatória, e finalmente, citação válida.

Referido autor, ainda sustenta, ao lado dos pressupostos processuais de existência e de validade do processo, uma terceira categoria, os pressupostos negativos, os quais não devem se fazer presentes sob pena de comprometimento da validade do processo. Afirma ainda que:

Os pressupostos negativos, diferentemente do que se dá com os positivos (existência e validade), não são referidos expressamente pelo Código de Processo Civil como categoria, a exemplo do que faz o art. 267, V. Sua construção doutrinária, contudo, é bastante sólida, a partir de determinadas figuras processuais referidas no próprio art. 267. Justamente por decorrerem de situações disciplinadas naquele dispositivo de lei, aliás, é que seu regime jurídico genérico não diverge do que se dá

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 66.

⁶⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 408/409.

⁶⁶ Ibidem, p. 412/419.

com a falta dos pressupostos processuais de existência e validade. Desde que haja pelo menos um dos pressupostos negativos (é esta a única diferença com a outra categoria), o processo deve ser extinto, isto é, coloca-se para o Estado-juiz, um óbice para o exercício da função jurisdicional.

São citados como integrantes deste grupo: a litispendência, a coisa julgada, a perempção, a convenção de arbitragem e a falta de caução ou outra prestação exigida pela lei.

Complementando a matéria, traz-se novamente a lição de Humberto Theodoro Júnior⁶⁷, para quem os pressupostos citados ainda podem ser divididos em subjetivos e objetivos. Os subjetivos, relacionados com os sujeitos do processo, juiz e parte, compreendem: a) a competência do juiz para a causa, b) a capacidade civil das partes, e c) sua representação por advogado.

Os objetivos, para referido autor, encontram-se relacionados com a forma procedimental e com a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, compreendem: a) a observância da forma processual adequada à pretensão, b) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado, c) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial, e d) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual.

Já quanto às condições da ação, estas estão presentes nas seguintes hipóteses: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir; e c) legitimidade da parte. Importante ressaltar a respeito da ausência de qualquer dessas hipóteses redundar em declaração de ausência de ação.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 66

De acordo com lição de Humberto Theodoro Júnior⁶⁸, a possibilidade jurídica do pedido diz respeito à “exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação”.

Quanto ao interesse de agir, aduz que estará presente quando a parte tem a necessidade de obter, através do processo, a proteção ao interesse substancial. Deve traduzir-se também numa adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

O mesmo autor, ainda expõe quanto à legitimidade da parte para quem é a titularidade ativa ou passiva da ação. São os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. Assim, “a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”.

Outros pontos que trazem em seu conteúdo matérias de ordem pública dizem respeito às nulidades absolutas e relativas, tal qual dispõe o art. 245 do Código de Processo Civil.⁶⁹

Viável se faz trazer a lição de Rogério Licastro Torres de Mello⁷⁰ a respeito das nulidades absolutas:

Igualmente são de ordem pública as disposições constantes do CPC, cuja observância pela parte se faz obrigatória sob pena de nulidade. São as nulidades absolutas, que não se sujeitam ao regime das preclusões e que de geralmente têm a ver com as garantias derivadas do devido processo legal.

Diante da impossibilidade de se submeterem a preclusão lesões a determinações legais de ordem pública, é difundida a convicção de que tais

⁶⁸ Ibidem, p. 60/66.

⁶⁹ Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

⁷⁰ MELLO, Rogério Licastro Torres de Melo. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 151, ano 32, setembro 2007, p. 38.

assuntos admitem arguição (de ofício ou pela parte) ao longo de todo o trâmite processual, inclusive a despeito de forma previamente estabelecida.

Alexandre de Freitas Câmara⁷¹ melhor dispõe a respeito das espécies de invalidade, nestes termos:

O direito processual reconhece três espécies de invalidade: nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade. Distinguem-se pela espécie de norma jurídica desrespeitada pelo ato que se reputa inválido. Assim sendo, ter-se-á nulidade absoluta quando for violada uma norma cogente de proteção do interesse público; nulidade relativa quando se infringir norma cogente de tutela de interesse privado; e, por fim, anulabilidade, quando for transgredida norma jurídica dispositiva.

Como é sabido, as normas jurídicas podem ser divididas em cogentes (ou de ordem pública) e dispositivas, sendo possível que os interessados afastem a incidência destas últimas (não das cogentes) por ato de vontade. Assim, será de acordo com o tipo de norma infringida que se terá o tipo de invalidade processual, como visto.

Assim, para este autor, a nulidade absoluta por violar norma de interesse público é insanável, podendo ser reconhecida de ofício ou mediante requerimento das partes, em qualquer tempo do processo.

Igual procedimento, de reconhecimento da matéria de ofício pelo juiz ou por provocação da parte, também diz respeito às nulidades relativas, instituídas para a tutela de interesse particular. Isto porque, as normas aí inseridas também são cogentes, não podendo ser afastada por vontade das partes.

Consequência diversa, aduz, diz respeito à anulabilidade, que dispõe sobre norma dispositiva e que se situa no plano de disposição das partes, agregando vícios que podem ser sanáveis. Assim, referidos vícios, diferentemente dos anteriores, não podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, dependendo sempre de provocação da parte litigante.

Faz-se importante ainda ressaltar que as matérias de ordem pública estão imunes ao instituto da preclusão processual em relação aos litigantes, como também

⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 255/256.

em relação ao órgão julgador, devendo, inclusive, ser reconhecidas de ofício por este, em qualquer fase e grau de jurisdição, tendo por limite a coisa julgada.

De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁷², citando trecho de Alfredo Buzaid: “a preclusão é sanção imposta à parte, porque consiste na perda de uma faculdade processual; mas não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada.”

Por sua vez, Mônica Martinelli Ortiz⁷³ procura justificar a impossibilidade de preclusão no que tange às referidas matérias de ordem pública, nestes termos:

No plano da cinética e dinâmica do processo, essa insuscetibilidade à preclusão – que decorre da essência e posição ocupada por tais institutos dentro da tríade processual: Jurisdição – Ação – Processo – pode ser constatada ao longo do desenvolvimento de todo o processo, através dos inúmeros princípios, normas, regras e fenômenos inerentes ao modelo processual vigente – dentre os quais o caráter difuso do saneamento do processo; o poder-dever de direção e conclusão do processo, conferido ao juiz para o cumprimento de tal mister – e que apontam, todos, de forma convergente, para a constante correção da regularidade do processo, instituindo a todos os sujeitos, o ônus indeclinável – e sem termo final – de verificação contínua da integridade do direito de ação e da estrutura do processo.

Paulo Henrique dos Santos Lucon⁷⁴, esclarece melhor quanto ao real significado do termo preclusão, dispondo que:

O fenômeno da preclusão nada mais é que (I) um acontecimento ou, simplesmente, um fato “resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade)” - preclusão temporal; ou (II) a “consequência de determinado fato que, por ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez” – preclusão consumativa; ou ainda (III) a “decorrência de haver sido praticado (ou não) algum fato, incompatível com a prática de outro” – preclusão lógica.

⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 132, ano 31, fevereiro 2006, p. 278.

⁷³ ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 128, ano 30, outubro 2005, p. 178.

⁷⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento: Estudos em homenagem à professora Ada Pelegreini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 733.

Para referido autor, em relação à preclusão, dúvida não há de que, em grau de importância para o processo civil e para a vida dos direitos, os efeitos superam o acontecimento. Esses efeitos são de ordem variada, podendo repercutir ou não sobre o desfecho do processo.

Complementando, ainda afirma quanto à inexistência de preclusão para o julgador, expõe que:

Assim, afastar a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. Mas, exatamente para que isso não se torne regra e impeça a solução final do processo, para que o fenômeno da preclusão para as partes não ocorra, é preciso haver expressa previsão legal. Daí a razão, eminente de caráter metodológico, que justifica a existência do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil. Para o juiz, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são conferidos, torna-se imperativo afastar a preclusão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também atenta para a inexistência de preclusão para o julgador no trato das matérias de ordem pública, admitindo-se que a análise se faça, inclusive, no tribunal de segundo grau.

Interessante se faz colacionar os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – NECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DE EDITAIS – ART. 605 DA CLT.

1. Não houve deliberação da Corte a quo sobre os artigos 578, 579, 583, 586, 587 e 606 da CLT, apesar da oposição dos embargos de declaração, incidindo o teor da Súmula 211/STJ.

2. A notificação do sujeito passivo da relação tributária constitui requisito de exigibilidade do crédito; representando, portanto, matéria de ordem pública. Precedente: REsp 977.213/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 4.11.2008.

3. Sendo as matérias de ordem pública isentas de preclusão e podendo, inclusive, serem conhecidas de ofício pelo magistrado, admite-se que o Tribunal possa sobre elas emitir juízo de valor, ainda que não tenham sido trazidas nas razões de apelação.

4. Com efeito, de acordo com o entendimento assente nesta Corte, a publicação de editais, em conformidade com o art. 605 da CLT, deve preceder ao recolhimento da contribuição sindical, em respeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos e da não-surpresa do contribuinte. Agravo regimental improvido.” (Segunda Turma, AgRg no REsp n. 1.090.096/PR, relator Ministro Humberto Martins, publicado no Diário de Justiça de 5.3.2009).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CASA DE SAÚDE. PACIENTE. IDADE AVANÇADA. QUEDAS PREVISÍVEIS. VIGILÂNCIA EFETIVA. INEXISTÊNCIA. FALECIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. ANÁLISE DA MATÉRIA. REJEIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

I. As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, conforme disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

II. Caso, no entanto, em que não houve omissão de análise, pois a decisão que saneou o feito apreciou a arguição de ilegitimidade passiva, e a rejeitou, sem recurso algum por parte dos réus.

III. Agravo improvido.” (Quarta Turma, AgRg no Ag n. 1.014.390/RJ, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, publicado no Diário de Justiça de 9.12.2008).

Assim, diante do que fora exposto, tem-se que o direito processual civil busca regular as relações jurídicas postas perante o Estado, que de forma impositiva, faz aplicar suas normas buscando, principalmente, a realização do interesse público na efetiva prestação jurisdicional.

Por este motivo, cabe ao julgador conhecer das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição, independentemente de pedido da parte, uma vez que diz respeito ao papel que exerce na condução do processo civil moderno, de modo a velar pelo cumprimento das exigências processuais essenciais para que se alcance o devido processo legal e a boa administração da justiça.

Até porque o cumprimento de tais normas interessa ao próprio Estado, que pretende ver o processo se desenvolvendo de maneira regular, buscando o alcance de seu objetivo primordial, que é a sentença de mérito e consequentemente a pacificação dos conflitos sociais.

3 A EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL

Já se buscou em momento anterior, demonstrar o que vem a ser o instituto do prequestionamento, levando-se em consideração, principalmente, o modo como é visto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma se fez relativamente às matérias de ordem pública, que são cabíveis de conhecimento em qualquer momento e grau de jurisdição.

Demonstrou-se também a importância que a resolução da questão relativa à necessidade ou não da exigência de prequestionamento das matérias de ordem pública em sede de recurso especial representa para o meio jurídico atual.

A controvérsia existe inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que, até o momento, não tomou posição final a respeito. Ou seja, não tratou de uniformizar a questão perante os ministros daquela casa, bem como perante os jurisdicionados do país inteiro.

Isto sem deixar de levar em consideração que a conclusão final a respeito da controvérsia sobre o real significado do termo prequestionamento também poderá ser dada, e até com mais razão, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a existência de expressa previsão constitucional a respeito dos recursos extraordinário e especial, disposta nos art. 102, inciso III, e 105, inciso III, da Carta Magna, respectivamente.

Assim, tem-se que para parte dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, há o posicionamento firmado no sentido de que mesmo as matérias de

ordem pública não prescindem do devido prequestionamento, visando sua apreciação em sede de recurso especial.

Pode-se citar, a título de ilustração: o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.293.302/RJ, Segunda Turma, relator Ministro Castro Meira, publicado no Diário de Justiça de 18.6.2010, como também o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.210.404/RJ, Quinta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, publicado no Diário de Justiça de 1.3.2010.

Por sua vez, outra parcela dos ministros entende que se faz possível excepcionar a regra do prequestionamento de modo a analisar as matérias de ordem pública nas hipóteses em que se conhece do recurso especial por outros fundamentos, relativamente ao próprio mérito da questão principal.

A respeito do entendimento, menciona-se os seguintes julgados: Agravo Regimental no Recurso Especial, Segunda Turma, relator Ministro Humberto Martins, publicado no Diário de Justiça de 25.6.2009, assim como o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.195.857/MG, Quinta Turma, relator Ministro Jorge Mussi, publicado no Diário de Justiça de 12.4.2010.

Também a doutrina diverge sobre o tema, preponderando atualmente duas correntes adotando fundamentação diversa, porém compatíveis aos julgados acima evidenciados.

De início, conveniente citar Humberto Theodoro Júnior⁷⁵ que ao tratar dos requisitos relacionados ao recurso especial e ao recurso extraordinário, justifica a necessidade de haver o prequestionamento da questão objeto da controvérsia, tendo em vista haver expressa previsão constitucional a justificar a existência dos

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 638.

referidos recursos para o julgamento de “causas decididas, em única ou última instância” (artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal).

Todavia, referido autor ao concluir sua exposição aduz o entendimento de que se faz razoável que o Superior Tribunal de Justiça deva abrandar a regra do prequestionamento quando se puder conhecer do recurso especial por outros fundamentos. Assim sua exposição a respeito⁷⁶:

Discute-se sobre ser, ou não o pré-questionamento condição para que o Superior Tribunal de Justiça examine questão de ordem pública não enfrentada pelo acórdão impugnado por meio de recurso especial, havendo correntes em ambos os sentidos. O entendimento que se coloca numa posição intermediária parece ser o mais razoável: o STJ pode apreciar, de ofício, questão de ordem pública como as condições da ação, desde que tenha sido conhecido o especial, caso em que se deverá aplicar o direito à espécie. O tema incluir-se-ia no efeito devolutivo em profundidade, que abrange os pressupostos do julgamento a ser reexaminado. Esse é, atualmente, o pensamento predominante no STJ, que, entretanto, deve ser entendido *cum grano salis*, para manter fidelidade ao sistema recursal traçado pela Constituição e evitar que o recurso especial se torne palco de uma terceira e ampla instância, o que desfiguraria, por completo, sua função institucional.

Athos Gusmão Carneiro⁷⁷, por sua vez, amparando-se em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, datados entre os anos de 1.991 a 2.000, expõe sobre a necessidade do prequestionamento mesmo em se tratando de preceitos de ordem pública.

Adiante, porém, noticia a mais recente orientação daquele tribunal superior, em julgado de 2007, de lavra da Ministra Eliana Calmon, que se sustenta na Súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal para decidir no sentido de que possa ser reconhecida nulidade absoluta *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública. Parece, pois, comungar com referido entendimento.

⁷⁶ Ibidem, p. 654/655.

⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52/54.

Até porque, ao final, ao tratar de julgado em que se exige o requisito do prequestionamento, arremata: “Esta posição, no entanto, parece-nos radical: casos haverá em que, v.g., o fato extintivo do direito objeto da lide deverá ser tomado em consideração, sob pena de a decisão do STJ ‘cair no vazio’, ou assumir caráter meramente doutrinário.”

Comungando com o entendimento acima, o ministro aposentado Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁷⁸, entende que a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pode ser identificada a partir de três correntes: I) A questão de ordem pública não prequestionada não pode ser conhecida em recurso especial; II) A questão de ordem pública pode ser conhecida independentemente de prequestionamento e de ter sido o recurso especial conhecido por outro fundamento; e III) A questão de ordem pública não prequestionada pode ser conhecida, desde que o recurso seja conhecido por outro fundamento, e a Turma tenha que enfrentar o mérito.

Após discorrer a respeito de referidas correntes jurídicas, o autor reconhecendo a existência da controvérsia e a evidente colisão de princípios, acaba por filiar-se a última. Além de outras justificativas, faz sua escolha tendo em vista entender que essa é a conclusão majoritária a respeito existente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalva, ainda, referido autor que nenhum julgado, recentemente, aceitou a tese de que o tribunal pode livremente conhecer de matéria, bem como que o entendimento a respeito do assunto não está pacificado no âmbito daquele tribunal.

⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Pquestionamento. **Revista de Processo**, n. 132, ano 31, fevereiro 2006, p. 280/282.

Também para Paulo Henrique dos Santos Lucon⁷⁹, é preferível que se permita o conhecimento da matéria de ordem pública em sede de recurso especial sem a necessidade do requisito do prequestionamento, visando-se com isso, principalmente, evitar decisões inúteis, nulidade absoluta e inexistência do processo. Para o autor:

Havendo a violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido, principalmente naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*. É por isso que matérias relacionadas às nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica, por inobservância de matéria de ordem pública, é de suma importância e não pode ser, simplesmente, desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.

Não obstante tais entendimentos, também existe na doutrina tese diversa, como antes já se fez noticiar. Neste contexto, José Miguel Garcia Medina⁸⁰, ao tratar do tema relativo ao requisito do prequestionamento, assim considerado como manifestação do órgão jurisdicional recorrido acerca da questão constitucional ou federal, mais precisamente à expressão “decisão judicial de única ou última instância”, constante do dispositivo constitucional autorizador, afirma que:

A Constituição Federal não abre qualquer exceção a tal pressuposto. Daí se inferir que a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial. Essa regra aplica-se, inclusive, às hipóteses discriminadas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC. Isso porque, consoante visto no início deste capítulo, considerando os requisitos de cabimento dos recursos extraordinário e especial constam expressamente na Constituição Federal, tais disposições não são atingidas por lei inferior, mesmo que a lei em referência seja o Código de Processo Civil. Isso decorre, como está claro, de aplicação do princípio da hierarquia das normas. Desse modo, a possibilidade de conhecimento *ex officio* das matérias discriminadas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC só atingirá os recursos extraordinário e especial se existisse, na Constituição Federal dispositivo com conteúdo semelhante.

⁷⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso Especial: ordem pública e prequestionamento: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 741.

⁸⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 235/236.

Referido autor, portanto, entende que se faz necessário o prequestionamento para que possa o Superior Tribunal de Justiça conhecer de matéria de ordem pública em sede de recurso especial, buscando sustento de suas conclusões, portanto, no texto constitucional vigente.

Com este mesmo pensamento, Bernardo Ribeiro Câmara; Bernardo Junqueira e William Freire⁸¹, buscam justificar a exigência do prequestionamento. A respeito, se expõe que:

A exigência de prequestionamento estende-se mesmo às questões que envolvam matéria de ordem pública, apesar de, a princípio, poderem ser argüidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. O exame dos artigos ofendidos não pode deixar de ser discutido pela decisão atacada, uma vez que constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer o caso em que cabível o especial.

Objetivando se buscar a resolução da controvérsia, adota-se a posição já exposta a respeito do prequestionamento, firmada por Bernardo Pimentel Souza⁸², para quem o prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para o tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido, proferido pelo tribunal de segundo grau. Este é o posicionamento majoritário, atualmente, no âmbito daquela Corte Superior de Justiça.

Da mesma forma, ratificando conclusão anterior, no que se refere às matérias de ordem pública poderem ser levantadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, tem-se a lição de Eduardo Arruda Alvim⁸³, para quem:

Hipóteses há, todavia, consoante já anotado em capítulos anteriores, em que a parte poderá argüir determinadas matérias a qualquer tempo. Tal é,

⁸¹ CÂMARA, Bernardo Ribeiro; JUNQUEIRA Bernardo; FREIRE William. **Recurso Especial e Extraordinário: Doutrina e Prática**. Belo Horizonte: Mineira, 2002, p. 35.

⁸² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 691/692.

⁸³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 315/316.

por exemplo, o caso de ausência das condições da ação (art. 267, § 3º), vício que poderá ser alegado em qualquer tempo e grau de jurisdição, cabendo ao Judiciário, ainda, a seu respeito, pronunciar-se de ofício. O fato da ausência de condição da ação não ter sido levantada em contestação (art. 301, X) não impede, portanto, que o réu o faça em outro momento processual. Sempre que a matéria for cognoscível de ofício, porque de ordem pública (condições da ação e pressupostos processuais, por exemplo), deverá o magistrado assumi-la imediatamente, e independentemente de requerimento das partes.

Assim, diante do surgimento de qualquer das hipóteses relacionadas à matéria de ordem pública (pressupostos processuais, condições da ação, ou nulidades), à parte compete, desde logo, suscitá-la perante o juiz da causa, ainda em sede de primeiro grau.

O juiz poderá analisar a matéria mesmo após a decisão de saneamento do processo, ocasião anterior em que restou constatada a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. Pode, então, nesta segunda análise chegar à conclusão contrária ao que antes decidira, uma vez que inexistente a preclusão *pro judicato*.

Assim, se houve manifestação expressa a respeito e a parte entender que o juiz veio a julgar de forma imprópria, poderá recorrer desta decisão ao tribunal de segundo grau, via apelação, subentendendo-se tenha sido a decisão uma sentença de mérito. Logo, devolve-se o debate do tema à Corte local, na forma do que dispõe o *caput* do art. 515 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Caso venha o juiz da causa a não enfrentar referida questão, a parte poderá novamente suscitá-la, opondo embargos declaratórios. Em persistindo a omissão, poderá apresentar a matéria em sede de apelação, com o intuito de fazer com que o tribunal de segundo grau possa examinar a questão, mesmo que pela primeira vez.

Até porque, o disposto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, permite o conhecimento da matéria, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, não havendo que se falar em preclusão também para o órgão julgador de segundo grau.⁸⁴

Assim, com ou sem juízo de valor por parte do juiz sentenciante, a corte de segundo grau pode analisar os eventuais vícios levantados pela parte em seu recurso, referentes às matérias de ordem pública.

Contudo, mesmo diante do recurso de apelação para o órgão jurisdicional de segundo grau invocando ofensa, repita-se, à matéria de ordem pública, e caso também este não venha a examinar a questão, poderá a parte opor embargos declaratórios visando sanar referida omissão.

Esta, por sinal, é a lição de Eduardo Arruda Alvim⁸⁵, ao afirmar que:

Se o tribunal não se manifestar sobre questão oportunamente levantada, devem ser manejados embargos declaratórios, sem deturpação de finalidade, ou seja, os embargos de declaração se amoldam principalmente à hipótese do art. 535, II, com vistas à supressão dessa omissão. Após a prolação do acórdão, não é dado à parte opor embargos declaratórios, com vistas à discussão de questão nova, que não tenha sido oportunamente agitada pelo interessado.

Da mesma forma o ensinamento de Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha⁸⁶, exposto neste sentido:

Não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível. No entanto, e se a questão não houver sido examinada pelo tribunal, não obstante ter sido suscitada pela parte? Impõe-se a interposição de embargos de declaração com o objetivo de suprir a omissão. E se a omissão persistir, há o prequestionamento mesmo assim? Divergem os tribunais superiores a respeito.

⁸⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

⁸⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 879.

⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2010, p. 261/262.

Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado n. 211 da súmula da sua jurisprudência, não haverá prequestionamento, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem. Da mesma forma, se já houver pronunciamento judicial sobre a questão, pouco importa se tenha havido ou não a provocação da parte, desnecessária a interposição dos embargos de declaração, porquanto já se tenha satisfeito a exigência.

Neste caso, portanto, os embargos declaratórios objeto do art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, objetivam a emissão de juízo de valor do tribunal de segundo grau sobre a questão a qual deveria se pronunciar.

Pronunciando-se o tribunal de segundo grau a respeito, poderá então a parte, caso reste inconformada com o resultado do julgado, interpor recurso especial para análise perante o Superior Tribunal de Justiça.

Caso, entretanto, mesmo com os embargos, pode a corte de segundo grau deixar de emitir pronunciamento sobre a questão deduzida pela parte, relativamente à matéria de ordem pública. Desta feita, poderá a parte interpor o recurso especial. Porém, em preliminar, deverá alegar ofensa ao disposto no art. 535, II, do Código de Processo Civil, demonstrando a omissão por parte do tribunal de origem ocorrida quando do julgado então recorrido.⁸⁷

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do recurso especial, verificada a omissão a respeito da questão pelo qual devia o órgão jurisdicional se pronunciar, e não o fez, a teor do art. 535 do Código de Processo Civil, deverá determinar a devolução dos autos ao tribunal para que novo julgamento dos embargos seja realizado, agora então com análise da matéria objeto da insurgência levantada pela parte.⁸⁸

⁸⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 694.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 654.

Caso diferente, todavia, verifica-se quando o tribunal revisor, de segundo grau, deixa de analisar a matéria de ordem pública, ocasião em que a parte também deixa de opor os devidos embargos declaratórios. Da mesma forma, em face da omissão verificada, opostos os embargos declaratórios e posteriormente interposto o recuso especial deixa a parte de alegar violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

No julgamento de outras matérias, que não as de ordem pública, em ambos os casos acima mencionados, o Superior Tribunal de Justiça tem negado seguimento ao recurso, por ausência de prequestionamento. Ressalva de que, no segundo dos casos citados, firma-se, sobretudo, no teor da Súmula nº 211 daquele tribunal, *in verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Aí surge a controvérsia objeto da divergência existente na doutrina como também perante os ministros do Superior Tribunal de Justiça e foco do presente estudo.

Ou seja, nos casos em que o tribunal de segundo grau deixa de se pronunciar a respeito de qualquer das hipóteses constantes das matérias de ordem pública, pode o Superior Tribunal de Justiça superar o óbice do prequestionamento de modo a proferir julgamento sobre referidas questões?

Faz-se importante ressaltar que a função do Superior Tribunal de Justiça é interpretar, pacificar e uniformizar o entendimento a ser dado à legislação infraconstitucional.⁸⁹ Visa, sobretudo, evitar a proliferação de decisões divergentes

⁸⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 690.

sobre o mesmo tema de direito, o que, sem dúvida, acarreta uma instabilidade jurídica em todo território nacional.

Essa atribuição é exercida no julgamento do recurso especial, via de impugnação extraordinária, com efeito devolutivo restrito.⁹⁰ O recurso especial tem por finalidade precípua tutelar o direito objetivo, resultando, apenas de forma reflexa o direito subjetivo da parte. Por isso, não visa o resultado em concreto, justo e efetivo do processo. Seu objetivo é com a tese jurídica discutida entre os litigantes.⁹¹

É recurso desprovido de efeito translativo, em razão do âmbito de devolutividade limitado, o qual pressupõe que a questão federal tenha sido objeto da decisão recorrida. Não basta a sucumbência para autorizar sua interposição, exigindo-se que a parte recorrente comprove a ocorrência de uma das hipóteses prevista na Constituição Federal para permitir sua admissibilidade.

Nestes termos verifique-se a lição de Humberto Theodoro Júnior⁹²:

A função do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a manutenção da autoridade e unidade da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciais encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União. Daí que não basta o inconformismo da parte sucumbente para forçar o reexame do julgamento do tribunal local pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial. Dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja, a de resolver uma questão federal controvertida. Através dela não se suscitam nem se resolvem questões de fato nem questões de direito local.

Sua hipótese de cabimento encontra-se disposta no art. 105, III, da Constituição Federal, o que o difere, a exemplo do que acontece com o recurso extraordinário, propriamente dito, dos demais recursos. Aliás, interessante ainda

⁹⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 253.

⁹¹ Ibidem, p. 228.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 652.

colacionar o ensinamento de Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha⁹³, para quem:

Os recursos excepcionais são exemplos de recurso de fundamentação vinculada. As hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal (art. 102, III, e art. 105, III). Tais recursos servem à impugnação de questões de direito; não se admite a interposição para reexame de prova ou de fatos. São recursos de estrito direito.

Assim, ao se lhe atribuir essa função constitucional se fixou expressamente tratar somente de causa que fora decidida nas instâncias ordinárias. Ou seja, este dispositivo constitucional resume a possibilidade de julgamento por parte do Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do recurso especial, somente à matéria que houver sido efetivamente debatida pelo tribunal de segundo grau.

É a exigência do requisito do prequestionamento, ou seja, a demonstração de que a questão federal que se pretende levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça fora devidamente apreciada pelo acórdão recorrido.⁹⁴

Nestes termos é a lição de Humberto Theodoro Júnior⁹⁵, ao tratar do prequestionamento como requisito do recurso extraordinário, o que nada difere do recurso especial, podendo ser aqui aproveitada. Assim expõe a respeito:

Justifica-se a exigência do pré-questionamento da questão constitucional (tese debatida na decisão recorrida) porque a Constituição instituiu o recurso extraordinário para apreciação de “causas decididas em única ou última instância” (art. 102, III). Cumpre, pois, ao recorrente, demonstrar, necessariamente, que a questão ventilada no extraordinário (*i.e.*, a causa) foi objeto de apreciação e julgamento na instância ordinária. O que se busca com esse remédio excepcional é, na verdade, um re julgamento da causa. Isso, obviamente, só pode acontecer em face de questão anteriormente já decidida. Daí a exigência do STF de pré-questionamento, na origem, da tese constitucional, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Súmulas nºs 282 e 356).

⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2010, p. 254.

⁹⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 692.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 638/639.

Da mesma forma, a doutrina de Alexandre de Freitas Câmara⁹⁶ também conduz a referido entendimento, posta nestes termos:

Não se pode deixar de fazer mais uma consideração acerca destes dois recursos. Estão eles sujeitos a um requisito específico de admissibilidade, que é o prequestionamento (da questão federal, no caso do recurso especial; da questão constitucional, no caso do recurso extraordinário). A ausência desse requisito (como, aliás, a ausência de qualquer requisito de admissibilidade dos recursos), levará a um juízo negativo de admissibilidade, impedindo-se, assim, a realização do juízo de mérito. Por prequestionamento quer-se significar a exigência de que a decisão recorrida tenha ventilado a questão (federal ou constitucional) que será objeto de apreciação no recurso especial ou extraordinário. Em outros termos, não se admite que, no recurso especial ou extraordinário, se ventile questão inédita, a qual não tenha sido apreciada pelo órgão *a quo*. Este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra “causas decididas”. Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão *a quo*, para que possa ser apreciada no recurso excepcional.

Ou seja, o requisito do prequestionamento, pois, impossibilita que a instância extraordinária examine matéria que não tenha sido debatida na instância ordinária, mesmo que se trate de questão de ordem pública.

Esse entendimento também pode ser extraído da lição de Eduardo Arruda Alvim⁹⁷, que afirma:

Questão interessante é a de saber como se coloca a exigência do prequestionamento em face de questões de ordem pública, que devam ser conhecidas *ex officio* pelo juiz. Tal é o caso, por exemplo, da falta de condições da ação, vício que, segundo preceitua o art. 267, § 3º, do CPC, deve ser conhecido de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença (ou acórdão, em se tratando de tribunal). Parece-nos que, também neste caso, haverá necessidade de prequestionamento, porque, caso contrário, não se fará presente o requisito constitucional ensejador do cabimento do recurso especial pela alínea a, do inc. III do art. 105 da CF/88, que alude a “causas decididas”. Ou seja, será sempre preciso que o tribunal local tenha apreciado a questão federal objeto do recurso, para viabilizar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça, pela via do recurso especial.

⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 139.

⁹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 876/877.

Assim, referido autor conclui quanto à exigência do prequestionamento, mesmo das matérias que poderiam ter sido examinadas de ofício, como as condições da ação e os pressupostos processuais, de modo que não podem os tribunais superiores apreciar referidas questões caso não tenha sido objeto de decisão do órgão do tribunal de segundo grau.

Não se pode permitir, pois, que o comando disposto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, de que as questões de ordem pública possam ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, se aplique à instância extraordinária, tendo em vista a exigência do requisito do prequestionamento fundado no texto constitucional.

A respeito, veja-se ainda a lição de Flávio Cheim Jorge⁹⁸, para quem:

É que fixada a matéria que pode ser questionada através do recurso excepcional, todos os demais aspectos que giram a seu redor e que não fazem parte diretamente de sua constituição, não podem ser analisados e valorados pelo julgador.

A cognição do julgador, quanto à profundidade, justamente em razão de sua limitação, deve ser realizada unicamente em relação àquilo que foi apontado no recurso excepcional e que por sua vez consta do acórdão impugnado. Qualquer outra matéria – mesmo que ligada diretamente à questão discutida – que não tenha sido efetivamente atacada pelo recorrente, não poderá ser apreciada.

Essa observação, segundo pensamos, é a que melhor explica a impossibilidade de os Tribunais Superiores conhecerem de questões de ordem pública ou mesmo nulidades processuais de ofício, sem o devido insurgimento do recorrente.

Não se admite, também, seja o prequestionamento afastado por lei ordinária, inexistindo também qualquer exceção constitucional a permitir a análise das matérias de ordem pública sem que tenha sido previamente analisada no âmbito do tribunal do segundo grau.

Importante destacar que a doutrina também afasta a argumentação a respeito da especificidade das normas relacionadas às matérias de ordem pública

⁹⁸ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229

(267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC). Relevante, neste íterim, o ensinamento de José Miguel Garcia Medina⁹⁹, assim exposto:

Tal argumento, a nosso ver, não prevaleceria. Isso porque, no caso, ocorre justamente o inverso, ou seja, as normas relativas aos recursos extraordinário e especial é que são específicas, em relação às normas processuais relativas à inoccorrência da preclusão quanto às matérias de ordem pública. Os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC dispõem, de modo genérico, acerca da inoccorrência de preclusão, sem se referir expressamente às hipóteses dos recursos excepcionais. Já, contudo, os arts. 102, III, e 105, III, por sua vez, são expressos no sentido de que a questão constitucional ou federal deverá estar expressa na decisão recorrida, ou melhor, deverá ter sido decidida.

Porém, mesmo que se admitisse que as normas processuais citadas seriam específicas em relação às normas constitucionais, ainda assim estas não deveriam ser preteridas em favor daquelas. Isso porque o critério da hierarquia, na interpretação as normas (*lex superior derogat leg inferiori*), deve prevalecer sobre o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Ora, se se admitisse que uma norma inferior, mesmo que especial, se aplicasse em detrimento da norma constitucional, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziarem rapidamente de qualquer conteúdo, a teor do que ensina Norberto Bobbio.

Daí não ser possível a aplicação da norma hierarquicamente inferior em detrimento da superior, e havendo conflito entre elas, mesmo que a primeira seja específica em relação à segunda.

Ao final da excelente exposição, arremata referido autor que:

Por isso, sob qualquer ângulo que se analise o assunto, conclui-se que o comando previsto nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC não prevalece sobre o disposto nos arts. 102, III, e 105, III, da CF. Infere-se do exposto que somente serão cabíveis os recursos extraordinário e especial no que respeita às matérias de ordem pública, se referidas matérias tiverem sido decididas no pronunciamento recorrido.

Da mesma forma, constata-se que à instância extraordinária, via julgamento do recurso especial, não foi dada a competência para discutir matérias que não tenham sido tratadas na instância ordinária, mesmo que esta tenha incidido em erro ou injustiça no caso concreto, deixando-se de lado a efetividade do processo.

O Superior Tribunal de Justiça não pode ser concebido como uma instância revisora, um terceiro grau de jurisdição, mas uma instância especial, pois,

⁹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236/237.

repita-se, tem como objetivo interpretar e uniformizar a interpretação dada à lei federal, função lhe imposta pelo texto constitucional.

Mesmo em face de tal conclusão, também não se faz incorreto afirmar que é dever das instâncias ordinárias, mesmo de ofício, apreciar as matérias de ordem pública, visando resguardar a segurança da prestação jurisdicional e o resultado útil do processo. Só assim possibilitar-se-á à parte litigante apresentar sua pretensão e inconformismo via recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça, para o fim de que seja verificado o acerto na interpretação e aplicação do direito federal.

Faz-se importante ainda ressaltar que o outro fundamento, do qual ora se diverge, é o que permite o conhecimento da análise da matéria de ordem pública relativo ao conhecimento do recurso especial por outro fundamento, que levará a apreciação do mérito da demanda.

Não obstante referido entendimento, e em face dos motivos já expostos, reconhecendo-se a existência da controvérsia, bem como a razoabilidade de qualquer das posições adotadas, tem-se que para que se abra a possibilitada de análise da matéria de ordem pública, alegada em sede de recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, necessário se faz que referida matéria tenha sido efetivamente debatida perante o julgado proferido pelo tribunal de segundo grau.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como estudo de caso a verificação a respeito da necessidade ou não de prequestionamento das matérias de ordem pública para que possam as mesmas ser analisadas em sede de recurso especial.

Para tanto, foi necessário uma rápida exposição a respeito do Superior Tribunal de Justiça, de forma a discorrer sobre os motivos de sua criação, sua missão e objetivo.

Também se analisou o recurso especial, instrumento recursal disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, sendo feita exposição a respeito de seus termos e sobre suas hipóteses de incidência, a partir das alíneas do referido dispositivo.

Abordou-se também o requisito do prequestionamento, assim como se buscou, delimitada a questão, tratar das matérias de ordem pública.

No terceiro e último capítulo, diante das duas posições a respeito, com o auxílio da jurisprudência, adotou-se posição que tem como pressuposto a disposição expressa no texto constitucional a respeito do termo causas decididas.

Dessa forma, o estudo permitiu compreender que:

1. O Superior Tribunal de Justiça é resultado de uma cisão feita no Supremo Tribunal Federal, relativamente a algumas de suas funções exercidas no julgamento do recurso extraordinário. Tem a missão de, em última instância, fazer a interpretação e uniformização do que determinam as leis federais infraconstitucionais.

2. Com a reforma na Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário destina-se ao julgamento de causas compostas de matérias com enfoque exclusivamente constitucional. O recurso especial é o instrumento pelo qual as partes levam ao Superior Tribunal de Justiça as causas relacionadas às questões envolvendo direito federal infraconstitucional, quando violados nos julgados oriundos dos tribunais de segundo grau, bem como diante de eventuais divergências jurisprudenciais surgidas em face do entendimento proferido por esses tribunais.

3. No sistema processual recursal civil brasileiro, além dos recursos ordinários, também há os recursos excepcionais ou de direito estrito. Nestes, aí se incluindo o recurso especial, a matéria objeto da impugnação é específica, de fundamentação vinculada, voltado unicamente a garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo da lei infraconstitucional ou da lei constitucional, para o recurso extraordinário, em âmbito nacional.

4. O termo “causas decididas” muito tem a ver com a exigência da figura jurídica do prequestionamento. Abrange somente decisões judiciais proferidas no exercício da função jurisdicional.

5. A expressão “única ou última instância” diz respeito ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias, bem como de tratar de uma decisão colegiada.

6. A referência a “Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, restringe a utilização do recurso a julgados destes tribunais.

7. A expressão “lei federal”, constante da alínea “a” do permissivo constitucional, alcança as leis nacionais e as leis federais proveniente do Poder Legislativo da União.

8. A alínea “b”, por sua vez, engloba tantos os atos normativos quanto os atos administrativos dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, como também o Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal.

8. A alínea “c” pressupõe a existência de entendimento de tribunal a respeito de lei federal, em conflito com julgado de outro tribunal da federação.

9. O prequestionamento se dá quando a questão legal infraconstitucional tenha sido objeto de debate pelo órgão julgador do tribunal do segundo grau, com a emissão de juízo de valor a respeito, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.

10. O Superior Tribunal de Justiça tem posição firmada na Súmula nº 211 no sentido de que: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

11. Ordem pública representa um anseio social de justiça, de convívio harmônico, ordenado, pacífico e seguro, voltado à formação de uma sociedade justa e equilibrada, onde se busca respeitar os valores fundamentais do Estado e do cidadão.

12. No âmbito do direito processual civil, as matérias de ordem pública têm como objetivo principal limitar a vontade das partes na relação processual, buscando preservar a estabilidade do ordenamento jurídico, de modo a conferir segurança, certeza e efetividade ao litígio posto perante o poder judiciário. Dizem

respeito às condições da ação, aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e às nulidades absoluta e relativa.

13. As matérias de ordem pública estão imunes ao instituto da preclusão processual em relação aos litigantes, como também em relação ao órgão julgador, devendo, inclusive, ser reconhecidas de ofício, em qualquer fase e grau de jurisdição, tendo por limite a coisa julgada.

14. Há dois posicionamentos no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema objeto do presente trabalho: I) As matérias de ordem pública não prescindem do devido prequestionamento; e II) Faz-se possível excepcionar a regra do prequestionamento de modo a analisar as matérias de ordem pública nas hipóteses em que se conhece do recurso especial por outros fundamentos, relativamente ao próprio mérito da questão principal.

15. O prequestionamento se faz necessário em vista de haver expressa previsão constitucional a justificar a existência do recurso especial para o julgamento de “causas decididas, em única ou última instância” (Art. 105, III, da CF).

16. O recurso especial tem como objetivo a tese jurídica discutida entre os litigantes. É desprovido de efeito translativo, em razão do âmbito de devolutividade limitado, o qual pressupõe que a questão federal tenha sido objeto da decisão recorrida. Exige-se a comprovação da ocorrência de uma das hipóteses prevista na Constituição Federal para permitir sua admissibilidade.

17. O requisito constitucional do prequestionamento impossibilita que a instância extraordinária examine matéria que não tenha sido debatida na instância ordinária, mesmo que se trata de questão de ordem pública.

18. Não se pode permitir que o comando disposto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, de que as questões de ordem pública possam ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, se aplique à instância extraordinária, tendo em vista a exigência do requisito do prequestionamento fundado no texto constitucional.

20. Não se admite seja o prequestionamento afastado por lei ordinária, inexistindo também qualquer exceção constitucional a permitir a análise das matérias de ordem pública sem que tenha sido previamente analisada no âmbito do tribunal do segundo grau.

21. O Superior Tribunal de Justiça não pode ser concebido como uma instância revisora, um terceiro grau de jurisdição, mas uma instância especial, pois tem como objetivo interpretar e uniformizar a interpretação dada à lei federal, função lhe imposta pelo texto constitucional.

22. Faz-se correto afirmar que é dever das instâncias ordinárias, mesmo de ofício, apreciar as matérias de ordem pública, visando resguardar a segurança da prestação jurisdicional e o resultado útil do processo. Só assim possibilitar-se-á à apresentação do tema, via recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, com o fim de que seja verificado o acerto na interpretação e aplicação do direito federal.

23. Conclusão final a respeito do objeto do trabalho: Para que se abra a possibilidade de análise de matéria de ordem pública alegada em sede de recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, necessário se faz que referida matéria tenha sido efetivamente debatida perante o julgado proferido pelo tribunal de segundo grau.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Alvim. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico**. 11. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 132, ano 31, fevereiro 2006.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990. Vade Mecum Universitário de Direito**. 8. ed. São Paulo: Ridell, 2010.

_____. **Código de Processo Civil. Lei n. 10.406/2002**.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 211**.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. V. II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro; JUNQUEIRA, Bernardo; FREIRE William. **Recurso Especial e Extraordinário: Doutrina e Prática**. Belo Horizonte: Mineira, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3, 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2010.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso especial: ordem pública e prequestionamento: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 151, ano 32, setembro 2007.

MENDES, Leonardo Castanho. **O Recurso Especial e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Pquestionamento nas questões de ordem pública**. Terezina, ano 8, n. 174, 27 dez.2003, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>>. Acesso em: 23 abr.2010.

ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos tribunais superiores e exigência de prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 128, ano 30, outubro 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.